

学校编码: 10384

分类号_____密级_____

学号: X200408045

UDC_____

厦门大学

硕士学位论文

论法院在疑难案件中填补法律漏洞
的权限分配

Power and Responsibility Division for Court in
Difficult Case Justice

陈绍榕

指导教师姓名: 刘连泰 副教授

专业名称: 法律硕士

论文提交日期: 2007 年 11 月

论文答辩时间: 2007 年 月

学位授予日期: 2007 年 月

答辩委员会主席:_____

评 阅 人:_____

2007 年 11 月

论
法
院
在
疑
难
案
件
中
填
补
法
律
漏
洞
的
权
限
分
配

陈
绍
榕

指
导
教
师
:
刘
连
泰
副
教
授

厦
门
大
学

厦门大学学位论文原创性声明

兹呈交的学位论文，是本人在导师指导下独立完成的研究成果。
本人在论文写作中参考的其他个人或集体的研究成果，均在文中以明确方式标明。本人依法享有和承担由此论文产生的权利和责任。

声明人（签名）：

年 月 日

厦门大学学位论文著作权使用声明

本人完全了解厦门大学有关保留、使用学位论文的规定。厦门大学有权保留并向国家主管部门或其指定机构送交论文的纸质版和电子版，有权将学位论文用于非赢利目的的少量复制并允许论文进入学校图书馆被查阅，有权将学位论文的内容编入有关数据库进行检索，有权将学位论文的标题和摘要汇编出版。保密的学位论文在解密后适用本规定。

本学位论文属于

1、保密（ ），在 年解密后适用本授权书。

2、不保密（ ）

（请在以上相应括号内打“√”）

作者签名： 日期： 年 月 日

导师签名： 日期： 年 月 日

内 容 提 要

在法院审理的案件中，疑难案件的数量虽然只占了很小的一部分，但却具有十分重要的意义----特别是在目前中国，由于社会变迁造成的规则缺位和公众对法官信任的缺乏，疑难案件的审判尤其引人瞩目。审判实践中，对疑难案件的处理有“由受案法院自行审理和向上级法院请示”这两种截然不同的模式。具体而言，疑难案件的审理有四种处理结果：第一，受案法院简单地以“于法无据”来裁定“驳回诉讼请求”；第二，受案法院运用自由裁量权迳行判决；第三，案件层层请示到最高法院后，受案法院根据最高法院的批复进行判决；第四，案件请示到非最高法院的上级法院，受案法院根据上级法院的意见来裁判。然而，上述四种处理结果都不能很好地保证疑难案件审判中的个案正义和司法统一。当法官穷尽选择也不能将法律漏洞很好地进行填补时，我们更应该追问和反思的是选择的前提----疑难案件审判中法律漏洞填补的权限分配问题。本文从几个典型案例出发，透视我国目前疑难案件的审判现状，详细分析了疑难案件的审判困境与我国现行法律漏洞填补中权限分配问题之间的关系，并对法律漏洞填补中的权限重新分配提出了一些建议。

关 键 词：疑难案件 法律漏洞 权限分配

厦门大学博硕士论文摘要库

ABSTRACT

The difficult cases' number is low in the justing cases of courts, but it ownes very improtant significance especially in China now.The difficult case justice is conspicuous for rule vacancy in social change and public trust lack for judge. There are 2 modes for the difficult case treatment: 1. judgeing by case-accepting court itself and 2.Requesting to the higher court. furtherly considerling ,The difficult case justice results is dividend by 4 kinds specially: 1.The court refuse to accept by 'finding no reason in law'; 2.The accepting-court judges by itself; 3.Under Supreme Court reply, the court judeges ; 4.The court judeges according to the higher court's views. But,neither of the four kinds could ensurence equal and just during the difficult case justice.When judge can't solve the law loophole problem anyway, we should think about power and responsibility division of the Trial Class in difficult case justice. From some special cases,this paper observes the prent justice status of difficult case in China, analyses the correlation between justice difficult status of difficult cases and power and responsibility division of the Trial Class for solving the law loophole problem, and put forwards some suggests for power and responsibility reapportionment for solving the law loophole problem

Key words: difficult case; law loophole; power and responsibility division

厦门大学博士论文摘要库

目 录

前 言	1
第一章 中国疑难案件审判现状的透视	3
第一节 受案法院自行审理模式存在的问题	4
第二节 请示模式存在的问题	7
第二章 疑难案件的审判困境与现行审级权限分配的关系分析	9
第一节 国外审级制度的启示	9
一、初审法院	9
二、上诉法院	10
三、最高法院	10
第二节 疑难案件的审判困境与现行审级权限分配的关系分析	11
第三章 法律漏洞填补权限的重新分配	16
结 语	19
参考文献	20

厦门大学博硕士论文摘要库

CONTENT

Preface	1
Chapter 1 Discussing the Present Situation of China Difficult Case Justice.....	3
Subchapter 1 The Existing Problem for the Mode of Justence of Case-accepting Courts	4
Subchapter 2 The Existing Problem for the Mode of Asking for instruction.....	7
Chapter 2 Orrelation between the Difficult Case Justice Puzzledom and Present Trial Class Power and Responsibility Division.....	9
Subchapter 1 Foreign Trial Class System Apocalypse.....	9
Section 1 The First Trial Court.....	9
Section 2 The Appeals Court.....	10
Section 3 The Supreme Court.....	10
Subchapter 2 Orrelation between the Difficult Case Justice Puzzledom and Present Trial Class Power and Responsibility Distribution	11
Chapter 3 Ower and Responsibility Reapportionment for Solving the Law Loophole Problem	16
Concluding Remark	19
Reference Datas	20

厦门大学博硕士论文摘要库

前言

疑难案件^①是指现实发生的没有具体法条可适用，或可适用的法条之间出现了冲突，或需要进行超越狭义字面解释的案件。在法院审理的案件中，疑难案件的数量虽然只占了很小的一部分，但却具有十分重要的意义。因为对于一般的案件，法官的任务只在于找出可以适用的制定法，但在疑难案件中，由于找不到现成的法条，或者可适用的法条之间出现了冲突，法官不得不通过各种方法梳理法律的意义脉络，对已出现的“法律漏洞”进行填补。在这个过程中，法官所展现的主观能动性和自由裁量权都远远大于单纯的法律适用——甚至可以说，正是法官运用他们的智慧悄悄推动了法律的进步与革新，使法律从“百炼钢”变成“绕指柔”，使法律“从僵硬的抽象中复活为历史的存在”。^②基于此，有学者把这一过程称为“法律的发现”或者“法官造法”。

在当下中国的语境中，关注疑难案件中法律漏洞的填补有着更特殊的意义。首先，社会转型带来的规则缺位更凸显了“法律漏洞”填补的必然性和紧迫性。我国目前正在进行着一场前所未有的变革，社会的变迁和利益格局的变动都要求规则的回应，而权利意识的觉醒又使得这种回应显得尤为迫切。虽然立法机关制定了大量的法律，但正像考夫曼所言，制定法的不完备性是一种“先验且必然”的结论，更何况是在一个急剧变动的社会中。在这种情况下，通过法官的智慧使法律灵活的适应现实生活的需要，显然是一个最合理的选择。

其次，公众对法官缺乏信任，尤其在案件似乎“无法可依”的情况下。我国法官整体素质参差不齐，司法腐败频频发生，法官不仅享受不到英美法系国家法官的尊荣，而且得不到公众应有的信任。^③疑难案件的数量虽少，但却集中体现了法官自由裁量权的行使与公众信任的缺乏之间的矛盾。因此，在中国目前语境下，

① 疑难案件的审判要求法官进行法律漏洞的填补，根据卡尔·拉伦茨的观点，法律漏洞的填补分为“法律之内的法的续造”和“超越法律的法的续造”。法律漏洞的填补与法律解释之间并无明显的界限，超越狭义的“字面解释”的法律解释已经属于“法的续造”。笔者赞成拉伦茨的主张。

② [德]考夫曼. 法律哲学 [M]. 刘幸义等译, 北京: 法律出版社, 2004.138.

③ 2000年“两会”期间，一项针对504名网上人士的调查表明，法官是律师，检察官，警察，法官这四个法律职业中最不受欢迎的，给予法官的评价包括“混乱、低素质”等等，占被访人数的40.7%。转引自黄涌. 现阶段我国法官角色定位：能动、保守抑或其他 [A]. 万鄂湘. 现代司法理念与审判方式改革——全国法院第十六届学术论文获奖论文集 [C]. 北京: 人民法院出版社, 2004.936.

在这类案件审理中，如何既保障法官智慧的发挥，又对法官的自由裁量权进行必要的限制显得尤为关键----这是一个世界范围内的亘古难题，尤其是在今日中国。

目前，我国法学界对疑难案件审判的关注逐渐升温，国外关于法学方法论的著作被纷纷引入，许多学者也都著文立说，详细探讨了各种漏洞填补的方法。但笔者认为，漏洞填补背后的有关填补权限分配的问题亦不容忽视，即如何通过对审级制度中法律漏洞填补的权限进行重新分配，赋予各级别法院以不同的功能，形成上下级法院之间的互相制约，来保证疑难案件审判中的个案正义和法律适用的统一。下文中，笔者将从几个典型案例出发，透视中国疑难案件的审判现状，以及有关法律漏洞填补的权限分配所存在的问题和解决办法。

第一章 中国疑难案件审判现状的透视

我国目前实行的是四级两审的审级制度,如果严格按照法律规定,疑难案件应该是由受案法院自身独立审理,除非案情十分复杂重大,受案法院才申请由上级法院来提审。但事实上,法定“提审”制度的运用频率极低,远不如法院习惯的另一种工作方式——案件请示制度。根据这种制度,实践中有相当一部分疑难案件并不是由受案法院独立审理的,而是受案法院请示后根据上级法院的意见来进行裁判的。

因此,我国疑难案件的审理实际上有两套模式:受案法院独立审理和根据上级法院指示来审理。同时,如果考虑到我国法官造法的权限处于“法无明文规定”的状态和请示制度中的层层请示,疑难案件在我国面临着四种命运:1、受案法院简单地以“于法无据”来判决“驳回诉讼请求”,如江西的 SK-II 刘嘉玲案;^①2、受案法院运用自由裁量权迳行判决,如北京的贾国宇案;^②3、案件层层请示到最高法院后,受案法院根据最高法院的批复进行判决,比如山东的齐玉苓案;^③4、

① 江西消费者吕萍看到刘嘉玲代言的广告以后,产生了购买 SK-II 紧肤抗皱精华乳的念头。但是,吕萍在使用 SK-II 后,并没有如刘嘉玲所说“连续使用 28 天皱纹减少 47%,肌肤年轻 12 年”,而是感到皮肤瘙痒与部分灼痛,后经鉴定,该产品含有烧碱成分。吕萍将江西凯美百货投资管理有限公司和经销商广州浩霖贸易有限公司、SK-II 日本的制造商告上法庭后,又申请追加刘嘉玲和宝洁中国为被告,但南昌市东湖区人民法院以“于法无据”驳回原告追加刘嘉玲为宝洁公司 SK-II 问题产品涉嫌欺诈案被告的申请。
http://news.xinhuanet.com/health/2005-03/15/content_2700704.htm

② 17 岁的少女贾国宇与父母去餐厅吃火锅,因卡式炉爆炸导致面部严重烧伤,请求北京海淀区法院判决餐厅赔偿一笔精神损害赔偿金。但这个请求无法援引具体的法条,因为我国的《民法通则》并未规定人身伤害的精神损害赔偿。但海淀区法院审理后认为,原告精神受到损害是显而易见的,是较为典型和惨重的,必须给予赔偿。据此,海淀区法院判决被告支付 10 万元的精神损害赔偿金,这也是我国法院首次因人身伤害判定精神损害赔偿。参见梁慧星.裁判的方法[M].北京:法律出版社,2003.190.

③ 齐玉苓、陈晓琪均系山东省滕州市八中 1990 届初中毕业生。陈晓琪在 1990 年中专预考时成绩不合格,失去了升学考试资格。齐玉苓则通过了预选考试,并在中专统考中获得 441 分,超过了委培录取的分界线。随后,山东省济宁市商业学校发出录取齐玉苓为该校 1990 级财会专业委培生的通知书。但齐玉苓的录取通知书被陈晓琪领走,并以齐玉苓的名义到济宁市商业学校报到就读。1993 年毕业后,陈晓琪仍以齐玉苓的名义到中国银行滕州市支行工作。1999 年 1 月 29 日,齐玉苓在得知陈晓琪冒用自己的姓名上学并就业的情况后,以陈晓琪及陈克政(陈晓琪之父)、滕州八中、济宁商校、滕州市教委为被告,向枣庄市中级人民法院提起民事诉讼,要求被告停止侵害,并赔偿经济损失和精神损失。1999 年 5 月,枣庄市中级人民法院作出一审判决。法院认为,陈晓琪冒用齐玉苓姓名上学的行为,构成对齐玉苓姓名权的侵害,判决陈晓琪停止侵害,陈晓琪等被告向齐玉苓赔礼道歉并赔偿精神损失费 35000 元,但驳回齐玉苓其他诉讼请求。齐玉苓不服,认为被告的共同侵权剥夺了其受教育的权利并造成相关利益损失,原审判决否认其受教育权被侵犯,是错误的。遂向山东省高级人民法院提起上诉,请求法院判令陈晓琪等赔偿各种损失 56 万元。二审期间,山东省高级人民法院认为该案存在适用法律方面的疑难问题,于 1999 年以[1999]鲁民终字第 258 号请示,报请最高人民法院作出司法解释。最高人民法院经反复研究,于 2001 年 8 月 13 日公布了法释[2001]25 号《关于以侵犯姓名权的手段侵犯宪法保护的公民受教育的基本权利是否应承担民事责任的批复》,明确指出:根据本案事实,陈晓琪等以侵犯姓名权的手段,侵犯了齐玉苓依据宪法规定所享有的受教育的基本权利,并造

案件请示到非最高法院的上级法院，受案法院根据上级法院的意见来裁判，比如某地的保姆案。^①

从以上法律漏洞在我国目前司法中所面临的命运中，我们很容易就发现，既然“同样案件同样处理”已经成为一项共识，那么，即使仅仅从程序上说，对法律漏洞的处理竟然有两种——请示和自行审理——截然不同的模式，这本身就是一个问题。甚至，当我们追问法律“谁在解释法律”、“谁在填补漏洞”这样的问题时，我们看到，有的疑难案件刚刚叩响法院的大门马上就被赶了出来，有的是由受案法院自身进行裁量的，有的是向上级法院请示——但到底是由哪个上级法院呢？可能是最高法院，也可能是高级法院或者中级法院（如果受案法院是基层法院的话）。而且，这种请示对当事人来说完全是“暗箱操作”的，他们最后连自己“死在谁手里”都不知道——这种恣意无序可以说是疑难案件审判中的最大问题。更何况，具体分析起来，在现行制度下，无论是受案法院自行审理还是向上级法院请示都存在种种不足。

第一节 受案法院自行审理模式存在的问题

自行审理模式虽然符合法律的规定和司法独立的精神，但由于在我国目前司法实践中，有相当一部分疑难案件是由基层法院受理的，基层法院的法官们往往没有能力进行漏洞的填补。同时，由于疑难案件的审级过低，和当事人距离过近，很难保证个案的公正和司法的统一。

首先，正象哈耶克所说：“对正义的实现而言，操作法律的人的质量比其操作的法律更为重要”，^②基层法院甚至中级法院的法官整体素质决定了他们在修补法律漏洞时的无能为力。我国目前审级越高的法官水平越高，这已经是一个不争

成了具体的损害后果，应承担相应的民事责任。

http://www.chinalawedu.com/news/2004_4%5C13%5C1030496917.htm

① 凶犯王某向公司会计彭某借款未成，怀恨在心，于深夜潜入彭家将彭某夫妇及其3岁的女儿杀害，并将保姆蒋某杀成重伤致残，丧失劳动能力。凶犯王某也自杀身亡。彭某留下一笔遗产，保姆蒋某向法院起诉，请求从该遗产中支付其医药费和生活费。受案法院向上级法院请示，上级法院认为：蒋某并非因保护雇主的生命、财产或者其他利益而被杀伤，故要求从雇主的遗产中补偿其医疗费、生活费等，没有法律依据。如果调解不成，应判决驳回诉讼请求。后来受案法院通过调解满足了蒋某的请求。参见梁慧星.裁判的方法[M].北京:法律出版社,2003.187.

② 转引自：潘剑锋.高薪制：审判公正、廉洁和法官素质的基本保障[A].《法治和良知自由》，北京大学法学院编，法律出版社2002年版，第219页。

的事实。而基层法官的文化程度偏低,^①要求他们从事法律漏洞的修补,的确是心有余而力不足。^②虽然我们一再地强调司法独立,强调审案法官依据法律和内心确信对案件独立且公正地作出判决,但是,只要基层法院的法官的整体素质在短期内得不到提高,就决定了“在一个特定案件中,法律解释者往往不是一个‘有面目的法官’,而是一个‘无面目的法官’,是一个机构、一个组织、一群人,如合议庭、审委会、上级法院和政法委等等”。^③其实,往往并不是这些法官主动选择将“面目”隐藏,而是他们没有能力让自己的“面目”浮现——因为正如庞德所说的“除了上帝造人,创造不可能无中生有”,^④法官造法必须对法的原则、法的目的、法的意义脉络有充分的了解,而对基层法官而言,这样的要求确实太高了。如果让他们迳行判决,有可能“最好的结果不过是陷于经验主义的泥潭不能自拔,仅凭细枝末节就枉自裁判”。^⑤

其次,填补“法律漏洞”的法院等级太低,与当事人距离过近,裁判容易受到各种人情世故的影响。在笔者看来,距离不仅产生美,而且也产生公正,因为距离就是正义女神最好的“蒙眼布”,它可以过滤掉许多与案件无关的因素。在一个熟人社会里,即使制定出来的法律是一种没有情感的理性(亚里士多德语),但由于操作法律的人是活生生的有情感的,当法律进入这个社会的时候,很可能因为人与人之间的这种情“场”发生变形。基层法院大多设在县城,人口不过几万人,几乎每一个人都沾亲带故,或者拐弯抹角地拉上关系,是一个典型的“熟人社会”。在这样一个静态的社会里,每个人都象植物一般的生了根(费孝通语),许多法官与当事人的关系往往不是一次性的,而是面临着多次的利益博弈。对这种属于

① 就基层法院的法官整体素质而言,“目前基层的法官队伍大致有三个来源:一是正规院校来的学法律或者非法律的毕业生,包括大学本科和专科,但这些人数量很少,在绝大多数法院,这类人数都不到 10%;二是从当地招考或者其他部门调入法院的,这些人数大约有 30%;其他的则是复转军人,大约超过 50%。”虽然许多不具有正规高校文凭的法官“已经以各种方式获得了大专甚至大学本科学历,但除了少数通过自学高考获得学历的法官外,绝大部分法官都不把这种学历当回事,他们公开宣称自己是水货”。(引自苏力著:《送法下乡——中国基层司法制度研究》,中国政法大学出版社 2000 年版,第 328-329 页)。尽管这是 2000 年的数据,但笔者相信变化不会太大。因为中国法院同其他单位一样,实行的是“一个萝卜一个坑”的政策,有各种编制的限制。已经在岗的法官除了退休或轮换到其他岗位,不太可能离开法院。而大学生即使愿意进入基层法院,也只有在有编制的情况下。

② 虽然贾国宇案中法律的漏洞是由基层法院来填补的,但要记住,那是在北京的海淀区法院,是一个“连原籍在外地的博士生要进都很困难”(朱苏力,《送法下乡——中国基层司法制度研究》[M],北京:中国政法大学出版社,2000.341.)的法院,因而这个例子不具有普遍意义。

③ 强世功,《法制与治理——国家转型中的法律》[M],北京:中国政法大学出版社,2003.285.

④ [美]本杰明·N·卡多佐,《法律的成长——法律科学的悖论》[M],董炯、彭冰译,北京:中国法制出版社,2002.34.

⑤ 同上,第 57 页。

Degree papers are in the "[Xiamen University Electronic Theses and Dissertations Database](#)". Full texts are available in the following ways:

1. If your library is a CALIS member libraries, please log on <http://etd.calis.edu.cn/> and submit requests online, or consult the interlibrary loan department in your library.
2. For users of non-CALIS member libraries, please mail to etd@xmu.edu.cn for delivery details.

厦门大学博硕士论文摘要库